

论  
间  
接  
正  
犯

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: X200208092

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论 间 接 正 犯

On The Indirect Perpetrator

苏 文

苏  
文

指  
导  
教  
师  
:  
陈  
晓  
明  
教  
授

指导教师姓名: 陈晓明 教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2005 年 11 月

论文答辩时间: 2005 年 12 月

学位授予日期: 2005 年 月

答辩委员会主席\_\_\_\_\_

评 阅 人\_\_\_\_\_

2005 年 11 月

厦  
门  
大  
学

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

## 内 容 摘 要

间接正犯概念源自德国，其后逐渐为大陆法系国家所接受，英美法系中的无罪代理人规定与间接正犯理论中的概念也有异曲同工之处。间接正犯理论与共同犯罪理论中的一些基本争议是息息相关的，可以说共同犯罪会成为刑法上最有争议的一章，与间接正犯理论的存在不无关系。我国刑法中没有间接正犯的规定，理论界对此问题也较少论及，但司法实践却不乏此例。因此就有必要对间接正犯概念、类型等作出界定，以澄清司法实践对此问题认识的偏差。本文除前言和结论外，共包括四章。

第一章是间接正犯的概述。从间接正犯的历史出发，研究间接正犯的历史演变及其发展规律，并总结间接正犯的理论成果。

第二章对间接正犯进行界定。一是考察间接正犯成立和处罚依据；二是研究间接正犯的性质问题；三是明确间接正犯的概念和特征；

第三章对间接正犯进行分类。在总结理论界对间接正犯分类的基础上，结合我国的司法实践，提出笔者的观点。

第四章关于间接正犯的其他问题。一是探讨间接正犯的特殊形态，二是认定间接正犯的错误，三是间接正犯与相关概念的联系与区别，四是研究间接正犯的刑事责任。

**关键词：**间接正犯；共同犯罪；司法实践

## ABSTRACT

The concept of the indirect perpetrator was derived from Germany, and then was gradually accepted by the mainland nomocracy. The concept of the guiltless attorney in the law of the USA and England and the indirect perpetrator are different in approach but equally satisfactory in result. The theory of the indirect perpetrator is closely linked to the theory of the joint offence. That is to say, whether the joint offence will become the most disputed one in the criminal law is decided by the existence of the indirect perpetrator. There isn't any regulations about the indirect perpetrator in the criminal law in China, and neither in the theory aspect., but not the same in judicial practice. So, it's necessary to demarkation the concept and the kind of the indirect perpetrator to clarify the warp of the problem. This article include 4 chapters except the preface and the conclusion.

The first chapter discuss the concept of the indirect perpetrator. Start with the history aspect, this chapter study the evolvement and the development rule of the indirect perpetrator, and it conclude the theory production about the indirect perpetrator.

The second chapter demarkation the indirect perpetrator. First, it review the basis of the punishment and foundation about the indirect perpetrator. Second it study the character of the indirect perpetrator. Third, it describe the relationship and difference between the indirect perpetrator and concerned concept.

The third chapter class the indirect perpetrator. Based on the classification of the indirect perpetrator, combined with the theory about the judicial practice, I propose my view point.

The fourth chapter describe the other problem about the indirect perpetrator. First, I discuss the especial formation of the indirect perpetrator. Second, I discuss how to cognizance the error about the indirect perpetrator. Third, it confirm the concept and the character of the indirect perpetrator. Fourth, I study the criminal burden of the indirect perpetrator.

**Key Words:** Indirect Perpetrator; Joint Offence; Judicial Practice

厦门大学博士论文摘要库

## 目 录

前 言 .....	1
第一章 间接正犯概论 .....	4
一、大陆法系国家有关间接正犯的立法 .....	4
二、英美法系对无罪代理人的规定 .....	6
三、我国关于间接正犯的态度 .....	6
第二章 间接正犯的界定 .....	8
第一节 间接正犯的成立和处罚依据 .....	8
一、西方共同犯罪理论对间接正犯的态度 .....	8
二、分析与思考 .....	11
第二节 间接正犯的性质 .....	12
一、观点综述 .....	12
二、分析与评述 .....	14
第三节 间接正犯的概念和特征 .....	16
一、间接实行犯的概念 .....	16
二、间接实行犯的特征 .....	18
第三章 间接正犯的分类 .....	26
第一节 利用欠缺犯罪构成要件者实施犯罪行为 .....	27
一、利用欠缺犯罪主体要件者实施犯罪行为 .....	28
二、利用欠缺犯罪主观要件者实施犯罪行为 .....	33
第二节 利用排除社会危害性行为实施犯罪 .....	36
一、观点综述 .....	37
二、分析评价 .....	37
第四章 间接正犯的其他问题 .....	39
第一节 间接正犯的特殊形态 .....	39
一、间接正犯的停止形态 .....	39

二、间接正犯的共犯形态 .....	42
<b>第二节 间接正犯的错误</b> .....	43
一、利用者对被利用者工具性质认识的错误 .....	43
二、在不知情的被利用者中途知情的场合 .....	45
<b>第三节 间接正犯与相关概念的区别</b> .....	45
一、间接正犯与教唆犯 .....	45
二、间接正犯与亲手犯 .....	47
三、间接正犯与帮助犯 .....	49
<b>第四节 间接正犯的处罚</b> .....	49
<b>结束语</b> .....	51
<b>参考文献</b> .....	53



## CONTENTS

<b>Preface</b> .....	1
<b>Chapter 1 Conspectus of the Indirect Perpetrator</b> .....	4
Section 1 The Legislation of Continent Jural Country About the Perpetrator .....	4
Section 2 The Stipulate of the Anglo-American Law About the Innocentcagent.....	6
Section 3 The Attitude of China to the Perpetrator .....	6
<b>Chapter 2 Boundary of the Indirect Perpetrator</b> .....	8
<b>Subchapter 1 How the Indirect Perpetrator Come to Existence and                 the Basis of Punishment</b> .....	8
Section 1 the Attitude of the Theory of the Western Joint Offence to the Indirect Perpetrator .....	8
Section 2 Analysis and Thinking .....	11
<b>Subchapter 2 Character of the Indirect Perpetrator</b> .....	12
Section 1 Summary of My Point .....	12
Section 2 Analysis and Comment .....	14
<b>Subchapter 3 Concept and Characteristic of the Indirect Perpetrator</b> .....	16
Section 1 The Concept of the Indirect Perpetrator .....	16
Section 2 The Characteristic of the Indirect Perpetrator .....	18
<b>Chapter 3 Class the Indirect Perpetrator</b> .....	26
<b>Subchapter 1 Utilize Deficiency of Inscape to Commit a Crime</b> .....	27
Section 1 Utilize Deficiency of the Principal Factor to Commit a Crime .....	28
Section 2 Utilize Deficiency of the Subjective Factor to Commit a Crime .....	33
<b>Subchapter 2 Utilize Exclusion of Social Harmful Action to Commit a Crime</b> .....	36
Section 1 Summary of My Point .....	37
Section 2 Analysis and Comment .....	37
<b>Chapter 4 Other Problem About the Indirect Perpetrator</b> .....	39
<b>Subchapter 1 The Espectral Form of the Indirect Perpetrator</b> .....	39
Section 1 The Final Form of the Indirect Perpetrator .....	39
Section 2 The Joint Offence Form of the Indirect Perpetrator .....	42

<b>Subchapter 2</b>	<b>The Error of the Indirect Perpetrator</b> .....	43
Section 1	The Error of the Cognition About Character of the Person to the Utilized Person .....	43
Section 2	The Occasion That the Unwitting Utilized Person Know the Inside Story In the Midway .....	45
<b>Subchapter 3</b>	<b>The Difference Between the Indirect Perpetraor and Another Concerned Concept</b> .....	45
Section 1	The Indirect Perpetrator and the Abettor .....	45
Section 2	The Indirect Perpetraor and the Direct Perpetrator .....	47
Section 3	The Indirect Perpetrator and the Auxiliary Perpetrator .....	49
<b>Subchapter 4</b>	<b>The Punishment of the Indirect Perpetrator</b> .....	49
<b>Conclusion</b>	.....	51
<b>Bibliography</b>	.....	53

## 前 言

间接正犯是个舶来品，我国刑法对间接正犯并无明文规定。笔者以此为硕士论文的题目，主要是基于两个方面的考虑。

一是来自司法实践的需要。间接正犯既是一个理论问题更是一个实践问题，虽然我国刑事立法上无间接正犯的规定，但司法实践中却不乏此例。由于我国采用以作用为主对共同犯罪进行分类的方法，对实行犯的研究就不如其他大陆法系国家来的细致，所以长期以来间接正犯都是我国刑法学者较少涉及的领域之一，虽然近二十年来，部分学者在这方面也进行过不同程度的探索，但由于间接正犯及其相关刑法理论至今仍存在相当大的争议，使得对间接正犯的认识存在不少的分歧，由于认识上的偏差，往往就给司法实践造成混乱。笔者所在单位在前不久遇到这样一个案例：黄甲（13岁）、苏某（13岁）、陈某（15岁）、彭某（15岁）一同在村中看戏时遇到彭某同学黄乙（女）、余某（女），黄甲、苏某提出要与余某交朋友，四人就将二女带至一果园处，黄甲、苏某先后要求与余某发生性关系，遭到余某的拒绝，四人强行将余某带至果园深处，由陈某帮助按余某的手脚，彭某帮助阻挡黄乙上前，黄甲和苏某对余某进行了轮奸。案发后，陈某先行到案，法院认定其为强奸共犯；彭某到案后，法院认为其不构成共同犯罪，以强奸罪的间接正犯作了判决。同一法院对同一犯罪事实做出截然不同的认定有点匪夷所思，在不同法院对此问题做出不同判决就不奇怪了。事实上在司法实践中将间接正犯与教唆犯混为一谈的现象也是时有发生。因此有必要对间接正犯进行研究，对间接正犯的内涵和外延做出准确的界定，有助于正确认识间接正犯这种犯罪形态，为司法实践提供理论依据，以澄清司法实践对此问题混乱的局面。

其次，在司法实践中我们可以看到间接正犯所利用的对象多是针对未成年人，在当前犯罪日益低龄化的情况下，我们更应关注未成年人的违法犯罪现象。间接正犯这种实行行为的间接性，使得这种犯罪更趋隐蔽，为了保护未成年人的身心健康，我们应当高度重视同间接正犯的斗争。

二是有助于丰富和深化犯罪理论。间接正犯理论同共同犯罪学说中的一些基本争议是息息相关的，大陆法系国家的共犯理论基本是围绕着正犯与共犯而展开

的,其中间接正犯应如何定位的问题是争论的焦点之一。由此而展开的争论不断推动着共犯理论的发展,从区分共犯与正犯上的客观主义和主观主义之争,到与此相应的在共犯成立基础上的共犯独立性说与共犯从属性说之争,乃至在共犯从属性说基础上发展出来的四种不同程度的从属性认定见解:最低从属、限制从属、严格从属和极端从属,都与间接正犯密切相关。以至于德国学者肯特罗维斯(kontorowicz)曾感叹共犯理论乃是刑法上最有争议的一章,这与间接正犯理论的存在不无关系。<sup>①</sup>因此对间接正犯问题的探讨,有助于深化对共同犯罪理论的认识。尤其是间接正犯与教唆犯的关系最为密切,有学者甚至认为,只要有关教唆犯问题解决了,间接正犯的疑难性就迎刃而解,反过来说,间接实行犯问题的解决,不仅教唆犯问题,共同犯罪中的很多问题也能冰消雪融,间接实行犯概念这种试金石般的作用应当引起我们的重视。<sup>②</sup>

其次,间接正犯理论应当成为整个犯罪理论的组成部分。间接正犯是一种特殊的犯罪形态,它不是行为人具体实施某种具体的实行行为,而是行为人通过将一定的人作为中介来实施其犯罪行为,而这种中介由于具有某些情形而不发生共犯关系,间接正犯对于其通过中介所实施的犯罪行为完全承担刑事责任。间接正犯这种实施犯罪行为的间接性和承担刑事责任的直接性的统一是其所特有的,它丰富了犯罪理论的内容。而且与此相关的关于间接正犯是否只能以作为方式来实施、间接正犯的认识错误、间接正犯的犯罪形态、间接正犯是否有共同犯罪等问题,都是犯罪理论的基本问题或相关问题。因此对这些问题的研究,既是完善共同犯罪理论的需要,也是深化整个犯罪理论的需要。

既然研究间接正犯问题具有重要的理论意义和实践意义,那么如何对此问题进行研究,这涉及理论研究的方法论问题。笔者认为在间接正犯研究的方法论问题上,借鉴古今中外学者研究间接正犯问题的经验,进行比较和分析,从而确立适合我国国情的间接正犯理论体系是比较适当的方法。

论文的体系构思:大陆法系刑法关于间接正犯的理论最早可追溯于古希腊的家长要对其家族成员的犯罪承担责任的规定,在古罗马法中也有代理共犯的规定,这都与间接正犯相类似。但真正意义的间接正犯概念却是产生于主观主义尚未普遍发达的德国,此后德国、日本的刑法学家对间接正犯问题作过深入的探讨,

<sup>①</sup> 林维. 间接正犯研究[D]. 中国政法大学出版社, 1998. 1.

<sup>②</sup> 同上, 第 27 页.

成为大陆法系刑法中的一个重要概念，而在立法中有不同程度的体现。

英美法系国家没有间接正犯这个概念，但在其制定法的一级主犯的概念中却包含有无罪工具规则（Innocent-instrumentality Rule）。同大陆法系不同，这规则包括了三种情形：即被使用工具可为无生命之物体、活的但非人之代理物和无责之人。第三种情形，即通常所说的无辜代理人（或译为无罪代理人），类似于大陆法系的间接正犯。

前苏联和中国对间接正犯的研究，仍然延续了大陆法系的传统，虽然在立法上没有规定间接正犯，但在理论上都接受了间接正犯的观点，并具有自己的特色。在理论上批判地继承了大陆法系的间接正犯相关理论，同时运用马克思主义的基本原理，坚持主、客观相结合的原则，建立独具特色的共同犯罪理论和间接正犯的观点。

国内外刑法学者对间接正犯的理论都作过不同程度的研究。具体而言，中外刑法理论中关于间接正犯理论的研究内容，主要涉及以下诸方面：一是间接正犯的概念；二是间接正犯产生的理论根据；三是间接正犯的性质；四是间接正犯的类型；五是间接正犯的认定，包括间接正犯的错误、间接正犯的着手、间接正犯与亲手犯、教唆犯等的区别等等。

笔者认为，对于间接正犯理论中的上述诸问题，可以进一步归纳、抽象和系统化梳理，同时还可以根据司法实践，适当扩大视野，拓宽研究范围。有鉴于此，论文在体系上拟分为四章，具体安排如下：

第一章是间接正犯的概述。从间接正犯的历史出发，研究间接正犯的历史演变及其发展规律，并总结间接正犯的理论成果。

第二章是对间接正犯进行界定。一是考察间接正犯成立和处罚依据；二是研究间接正犯的性质问题；三是明确间接正犯的概念，分析间接正犯的特征。

第三章是对间接正犯的分类。在总结理论界对间接正犯分类的基础上，结合司法实践，对间接正犯进行多角度的分类。

第四章是关于间接正犯的其他问题。一是探讨间接正犯的特殊形态，包括间接正犯的停止形态和共犯形态；二是如何认定间接正犯的错误；三是间接正犯与亲手犯、教唆犯、帮助犯等相关概念的联系与区别；四是研究间接正犯的刑事责任等。

## 第一章 间接正犯概论

研究间接正犯，首先必须廓清间接正犯的历史和发展轨迹，以便能够借鉴古今中外学者对此问题的认识和经验，把握间接正犯发展的规律，对完善我国的刑法理论均具有重大的意义，因此本文第一章着重考察间接正犯的源起。

### 一、大陆法系近现代刑法中有关间接正犯的立法

间接正犯这一概念的产生，是近代资产阶级取得革命胜利之后的事了。资产阶级刑法学家以自由、平等、人权等资产阶级启蒙思想为武器，对封建刑法罪刑擅断进行猛烈的抨击，确立了罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道的思想，刑法从原先只重视犯罪结果而逐渐发生演变，开始重视犯罪的动机、主观过错及社会的伦理对犯罪构成的不同意义，这就要求对间接正犯和教唆犯做不同的法律评价。一般认为，间接正犯是客观主义的共同犯罪理论为弥补共犯从属性说之不足而推衍出来的一个范畴。<sup>①</sup>客观主义的共同犯罪理论主张限制的正犯概念，共犯（教唆犯和帮助犯）是从属于正犯的，由于正犯是限制在亲自动手实施犯罪构成要件的人，当正犯不构成犯罪时，依据从属性原则就失去对共犯进行处罚的依据，而背后的教唆者、帮助者不处罚又不合情理。于是“间接正犯作为理论上补充缺陷的技术概念或共犯的补充理论开始出现。”<sup>②</sup>虽然间接正犯概念的出现早已有之，但真正在立法上予以体现则是晚近之事了，以下就各国对间接正犯的规定作简要介绍。

#### （一）德国刑法有关间接正犯的规定

通说认为间接正犯产生于德国，而在立法最早体现间接正犯概念的也在德国。1919年的《德国刑法草案》第26条规定：“对于非依犯意而行为之他人，或无责任能力之人，以犯意唆使其为犯行之实施者，是为间接正犯，间接正犯依正犯处罚之。”这被认为是独立于共同犯罪的间接正犯最早的立法例。<sup>③</sup>之后德国历次的刑法草案都有间接正犯的规定。其中，1925年、1929年的刑法草案将间接正犯视为共犯，至1959年、1969年的刑法草案和刑法总则改革草案

① 陈兴良．共同犯罪论[A]．重庆（四川）：现代法学，2001,(3): 8.

② 林维．间接正犯研究[D]．中国政法大学出版社，1998. 16.

③ 陈兴良．共同犯罪论[M]．北京：中国社会科学出版社，1992. 485.

分别又将间接正犯视为正犯，并延续至现行的 1975 年刑法，该刑法总则第 25 条第 1 项规定：“自己实施犯罪或通过他人实施犯罪的，依正犯论处。”从而确立了独立于共同犯罪的间接正犯。

## （二）意大利刑法有关间接正犯的规定

意大利 1931 年刑法典第 111 条规定：“唆使无责任能力者或因身份资格关系不负刑事责任之人决意犯罪者，为教唆犯，依其所教唆之罪定罪处罚，并加重处罚。”在 1968 年修正后的刑法第 46 条规定：“行为受他人暴力所制而无法抗拒或避免者，不罚。前项犯罪行为之责任由实施暴力者负责。”第 86 条规定：“使他人陷于辨别及无意思能力之状况而利用其为犯罪行为者应负该项犯罪行为之刑责。”第 111 条规定：“唆使无责任能力或因身份资格关系不负刑责之人决意犯罪者，为教唆犯，依其所教唆之罪处罚，并加重其刑。”当然上述是否是间接正犯的规定在意大利刑法学界有争议，但显然意大利刑法是将间接正犯纳入了共犯形态之中。

## （三）日本刑法关于间接正犯的规定

日本在继受德国刑法之后，也引入了间接正犯的概念，并在判例中予以承认。“大审院曾认为利用不满十岁的幼儿，让其从家里拿东西出来，是盗窃的实行正犯。”<sup>①</sup>1927 年日本刑法改正预备草案明示间接正犯并归入共犯的规定，1974 年日本改正刑法总则准备草案第 26 条第 2 款规定：“利用非正犯之他人为犯罪行为之实行者，亦为正犯。”这里所说的“非正犯之他人”包括被利用人不成立正犯之各种情形，因而在立法上对间接正犯予以承认。

此外，在其他一些国家与地区的相关规定还有：1951 年韩国刑法第 34 条第 1 项规定：“教唆或帮助因某种原因不受处罚者或因过失犯而受处罚者，使其行为发生后果的，依照教唆犯或帮助犯之例处罚之。”及现行 1988 年刑法典第 34 条第 1 款规定：“对于因某种原因不受处罚者或者按过失犯才处罚者，予以教唆或者帮助而使其犯罪行为发生结果的依照教唆犯或者帮助犯处罚。”从而在立法上确认间接正犯的存在，并归入共犯之列。台湾现行刑法虽没有明文规定正犯，但实务界都承认正犯这一形态的存在，至 2002 年刑法修正草案第 25 条第 1 项增设：“自任犯罪行为之实施者，为正犯。利用他人以实施者，亦

<sup>①</sup> 林维. 间接正犯研究[D]. 中国政法大学出版社, 1998. 18.

同。”其修正理由书则谓：“以期使教唆犯、帮助犯之意义更臻明确，遂于第28条第1项增订直接正犯与间接正犯之规定。”

## 二、英美法系对无罪代理人的规定

与大陆法系间接正犯的概念相类似，在英美法系中也存在无罪代理人或无辜代理人或被利用的实行犯等概念，这里的无辜代理人指的是利用缺少犯意或具有某些辩护理由，如未成年人、精神病人或具正当理由的人来实施犯罪行为的情形，被利用者不构成犯罪，利用者视为是亲自实施犯罪者而承担一级主犯的责任。以美国《模范刑法典》为例，该法典第2.06(2)，a条规定：“引起一个无辜，或者不需要负责任者，从事犯罪所必须的该受刑罚惩罚的行为，他就应为这个人的行为承担法律上的责任……。”美国大多数州立刑法典，也均规定了“利用无辜者实现犯罪者为主犯。”<sup>①</sup>值得注意的是英美法系中的无罪代理人规定与大陆法系的间接正犯概念虽有异曲同工之处，但还是有所区别，甚至在英美之间对无罪代理人的适用范围也存有差异，英美法系中的无罪代理人强调被利用人是“无罪”的，而间接正犯中的中介者除了无罪之外，还包括故意犯和过失犯。此外，英美两国在对一些特殊的犯罪，如伪证罪、强奸罪等要求通过有身份者的行为才能实现的犯罪，在能否成立无罪代理人上也有不同，在美国学者多数主张无身份者也能成立无罪代理人，而在英国，多数学者认为不能适用无罪代理人的规定。

## 三、我国关于间接正犯的态度

中华人民共和国从建国到1979年制定第一部刑法典期间，有33个刑法草案稿，变动最大的就是共同犯罪的分类问题。由最初按在共同犯罪中的分工进行分类，分为正犯、共犯，到后期的以作用为主的分类，分为主犯、从犯、胁从犯、教唆犯，直至1997年刑法修订中仍延续了以作用为主进行分类的方法。因此，在我国立法别说间接正犯，甚至正犯概念都长期没有被引起重视。在司法实践中对利用他人为工具实施犯罪的情况，往往以教唆犯进行处罚。改革开放后，我国学者大量引入西方刑法学理论，尤其是大陆法系的刑法理论，间接正犯的概念逐渐进入我国理论界和实务界的视野。相当多学者不同程度对间接

<sup>①</sup> 赵香如. 美国刑法中的“被利用的实行犯”[R]. 国家检察官学院报, 2004(5). 113.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库